das Präjudiz gesetzt zu werden pflegt, wenigstens gesetzt werden kann, daß bei ihrem Ausbleiben sie als einwilligend in den Accord angesehen werden sollen.

XVI.

Einiges über die Verbindlichkeit zur Litis-Denunciation.

Von Herrn Bürgermeister Dunhe zu Bremen.

§. 1.

Es ist eine bekannte Controverse, wenigstens der neuern Zeit, ob die Litis-Denunciation nur in Evictionsfällen oder auch in andern Rechtsverhältnissen, wo jemand, wie man dabei sich auszudrücken pflegt, gegen einen Andern seinen Regreß nehmen will, bei Verlust des Rechtsanspruchs an Jenen geschehen müsse?

Die Frage ist offenbar in hohem Grade practisch; dennoch findet sich, so viel wenigstens dem Einsender dieses Aufsatzes bekannt ist, mit Ausnahme der Gönnerschen Abhandlungen, wovon weiter unten die Rede seyn wird, nirgend eine ausführliche Erörterung derselben.

Die ältern Commentatoren, Cujacius, Duarenus, Donellus, Giphanius, Frantzke, Voet, Huber u. A. erwähnen der Verbindlichkeit zur Litis-Denunciation nur bei der Eviction und nur in Beziehung auf diese; sie nehmen jene nur bei Evictionsfällen an, und wenn sie sich nicht ausdrücklich darüber erklären, daß und warum dieselbe nicht in andern Verhältnissen eintrete, so hat dieß lediglich darin seinen Grund, daß die Meinung, welche dieses annimmt, erst in

neuerer Zeit aufgekommen ist, sie also keine Veranlassung hatten, eine solche ihnen durchaus fremde Ansicht zu widerlegen.

Von späteren Schriftstellern lehren zwar Einige [1]) ausdrücklich, daß die L. D. nur bei Evictionsfällen, den Rechten nach, nöthig sey, ohne indeß die Gründe dafür hinreichend aus einander zu setzen, und selbst das, was Gensler [2]) übrigens sehr richtig darüber sagt, ist nicht in jeder Hinsicht befriedigend.

Andere [3]) nehmen geradezu das Gegentheil an, indem ihrer Meinung nach die L. D. in allen Fällen geschehen

---

1) *Hommel*, in rhapsodia Obs. 191. Strube in den rechtlichen Bedenken Th. 1. No. 16. Danz in den Grundsätzen des ordentlichen Processes, §. 486. (ed. 5. Seite 719.)

2) Im Archiv für die civilistische Praxis Band 4, No. 15, §. 3. und im Commentar zu Martin's Lehrbuch des Processes ad §. 295. 296. (2ter Band S. 220. 221. ed. Motstadt).

Dieser Meinung sind, um dies beiläufig zu bemerken, außerdem Knorre in der Anleitung zum gerichtlichen Proceß, 2tes Buch, 2tes Hauptstück, §. 1. 2. (ed. 3. Seite 399.) *Schaumburg* principia praxeos juridicae judiciariae Sect. 2. cap. 6. §. 1. 8. und 9. wenigstens erwähnen beide Schriftsteller der L. D. nur in Beziehung auf die Eviction. So auch *Pufendorf* in introd. in processum civilem B. L. Cap. 8. §. 1 — 4. §. 11. 12. (ed. 2da p. 338. und 343. 344.). *Fratres Becmanni* in consiliis et decisionibus. P. 1. cons. 36. vergl. ratio dubitandi 21 B. mit ratio decidendi 24. Hufeland im Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, vergl. §. 448, wo er von der Verbindlichkeit zur L. D. nur in Beziehung auf Evictionsfälle redet, mit §. 1765, wo er der L. D. in processualischer Hinsicht erwähnt und dabei bemerkt, daß sie auch in andern Fällen geschehen könne.

3) J. L. Schmid Abhandlung verschiedener Rechtsmaterien, 2ter Band, S. 35. und, wie es fast scheint, Claproth im ordentlichen Proceß §. 461. (3te Aufl. 2ter Theil Seite 762.) auch A. D. Weber in den Beiträgen zu der Lehre von Klagen und Einreden, 1stes Stück, No. 5. (ed. 2. Seite 49.)

muß, wo man seinen Regreß gegen Andere zu nehmen gedenkt oder über den Gegenstand eines Rechtsstreits von einem Dritten Schadloshaltung zu fordern hat; ohne jedoch diese Behauptung weiter zu motiviren [4].

Sehr ausführlich indessen wird diese Meinung, gegen welche die gegenwärtige Abhandlung gerichtet ist, vertheidigt von Gönner [5].

§. 2.

Auf eine ganz eigene Weise erklärt sich über diese Controverse Reinhardt [6], indem er zugiebt, daß die Römischen Gesetze nur in Beziehung auf die Eviction von der L. D. handeln, und daß die dagegen von Gönner für seine Ansicht angeführten Stellen nichts darüber enthalten, demungeachtet (ohne jedoch dieses weiter zu begründen) dem Gönnerschen Grundsatz, daß dieselbe bei allen Entschädigungs- oder eigentlich Schadloshaltungs-Ansprüchen, wie er sich ausdrückt, nothwendig sey, beitritt, von dieser Regel aber, und von der Verbindlichkeit zur L. D. wieder die Bürgen ausnimmt, weil bestimmte Gesetze dem Bürgen die Klage gegen

---

4) Weber a. a. O. bezieht sich lediglich auf Westphals Lehre vom Kauf ꝛc. §. 290, der dieses aber, wie sich aus der von ihm allegirten L. 49. D. de evictionibus ergiebt, in dem Sinne und der Ausdehnung offenbar gar nicht einmal behauptet.

5) In den Erörterungen über den gemeinen Proceß. Bamberg 1799. (auch seiner juristischen Beobachtungen 2ter Band) No. 39, und im Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Band 2. No 29. §. 8. seq. (1ste Aufl.) Band 1. No. 17. (2te Aufl.) — Auffallend ist es jedoch, daß dieser Schriftsteller in der von ihm im J. 1821 besorgten fünften Ausgabe von Danz Grundsätzen des Processes im §. 488, wo er gerade seine von diesem abweichende Theorie auseinandersetzt, nur sagt: die L. D. könne und dürfe auch in andern als Evictionsfällen geschehen, und einer Verbindlichkeit dazu nicht erwähnt.

6) Im Handbuch des gemeinen deutschen und ordentlichen Processes §. 90. Note 3. Th. 1. S. 159.

den Hauptschuldner nur dann benähmen, wenn er wissentlich eine diesem zustehende Einrede nicht vorgeschützt habe. Gerade dies hätte, sollte man denken, den Verfasser zu einem entgegengesetzten Resultate bringen müssen. Er giebt zu, daß das Römische Recht eine Verpflichtung zur L. D. nur bei Evictionen anerkennt und ferner, daß dasselbe in einem andern Verhältnisse, dem des Bürgen zum Hauptschuldner, wobei sie nach der Gönnerschen Theorie geschehen müßte, nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nicht nöthig sey, und demungeachtet stellt er den Grundsatz auf, die L. D. müsse immer geschehen, der Fall mit der Bürgschaft sey nur eine Ausnahme! Was sollte wohl aus unserer Rechtswissenschaft werden, wenn es erlaubt wäre, aus den einzelnen Entscheidungen in den Fragmenten der Pandecten und den Constitutionen des Codex auf diese Weise Regeln und Grundsätze zu construiren! 7)

---

7) Beiläufig noch mag hier bemerkt werden, daß Reinhardt a. a. O. auch in seinen Allegaten nicht genau ist, wenn er Grolman und Martin als solche, welche der Gönnerschen Ansicht gefolgt seyen, anführt. Denn Grolman in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 159. (3te Aufl.) so wenig als Martin im Lehrbuch des Processes, §. 296. (ed. 7.) erklären sich über den Umfang der Verbindlichkeit zur L. D., ob sie nur bei Evictionsfällen oder auch in andern Verhältnissen eintrete, und da sie die L. D. nur in processualischer Beziehung abhandeln, so konnte es gar nicht ihre Absicht seyn, über diese rein civilrechtliche Frage sich hier herauszulassen. Grolman giebt zwar eine Definition der L. D., welche auf die Gönnersche Meinung hinzudeuten scheint; da er indeß in der Note 1) zu den Worten: „demjenigen, welcher seine Regreßklage nicht ganz verlieren oder doch der Gefahr des Verlustes aussetzen will" — nur auf Gesetze des R. R. welche von der Eviction reden, sich bezieht, ohne dabei Gönner oder einen andern dessen Ansicht zugethanenen Schriftsteller zu allegiren, so läßt sich hiernach durchaus nicht mit Gewißheit abnehmen, wie er über diese Controverse denke. Aus der Definition, welche Martin aufstellt, folgt aber gar nichts, indem sie ganz richtig nur bezeichnet, was die L. D.

§. 3.

Manchmal wird auch Leyser als solcher angeführt,

als processualischer Act sey. Denn auch bei der im gegenwärtigen Aufsatz vertheidigten Ansicht wird ja zugegeben, daß eine L. D. auch außer den Evictionsfällen geschehen könne und dürfe; geschieht sie nun aber, es sey in dem einen oder andern Verhältnisse, so ist sie allerdings als Proceßhandlung immer eine demjenigen, der für den Regreß haftet, von einem streitenden Theile um der künftigen Entschädigung willen geschehene Bekanntmachung des entstandenen Rechtsstreits und der mithin drohenden Gefahr eines Verlustes. Daß Martin nur dies, nicht aber damit sagen wolle, die L. D. müsse auch außer den Fällen der Eviction gleich wie bei der letztern bei Verlust des künftigen Klagrechts geschehen, erhellet ganz deutlich theils aus den Allegaten der Note d, theils aus dem gleich darauf folgenden Satze. Aus jenen; denn die L. 10. §. 12. D. mandati spricht zwar allerdings von der durch den Bürgen dem Hauptschuldner zu verfügenden L. D., jedoch nur in einem ganz besondern Falle, wenn jener weiß, daß diesem eine Einrede gegen die Schuld zustehe; der allegirte Leyser aber behauptet nur, daß die L. D. auch in andern als Evictionsfällen zuläßig sey und geschehen könne, und gerade dies leugnen höchst sonderbarer Weise Strube und Hommel. Denn Strube sagt: die Hannöversche Justizcanzlei habe das Marburgische Urtheil, welches das Gesuch der L. D. als unstatthaft verworfen, bestätigt, und als Grund führt er vorher an: „Die L. D. bestehe nicht in „der bloßen Bekanntmachung des entstandenen Streits, sondern „dem denunciato müsse auferlegt werden, den Denuncianten zu vertreten, welches (die positive Verbindlichkeit zur Vertretung) aber die Rechte nirgend von allen erforderten, an denen „man sich erholen könne." Und Hommel: „Hinc saepius, „quam optaremus, procuniare cogimur: „Daß die unternommene Litis-Denunciation nicht Statt hat, und ist Beklagter die hierdurch verursachten Unkosten Litis-Denunciaten zu „erstatten schuldig." Und nachher: „Nam si cuidam sine litis „denunciatione regressus salvus sit, non solum otiosa, „sed etiam ob condemnationem in expensas, damnosa est „litis denunciatio. Unde si manifestum litis denunciatum „ad evictionem praestandam non teneri, denuncians sta-

welcher der nachmals von Gönner weiter ausgeführten Theorie

„tim repellendus" Aus dem unmittelbar im Texte bei Martin folgenden Satze, denn hier heißt es: „sie (die L. D.) ist häufig „eine Bedingung der künftigen Entschädigungsklage" — also nicht immer, und worauf das häufig sich beziehe, zeigen die Allegate in der dazu gehörigen Note e, welche nur von Evictionsfällen reden, sowohl die L. 1. Cod. de periculo als Voet und Reinhardt, welcher letztere in der ganzen Observation, insbesondere ad Qu. 8. pag. 125 126. nur hiervon handelt. Wer mit der gedrängten compendiarischen Schreibart Martin's nur einigermaßen vertraut ist, wie derselbe oft nur durch den gesperrten Druck eines Wortes, durch ein Allegat, oder eine sonstige kurze Andeutung in der Note seine Ansicht über einen Rechtssatz zu erkennen giebt, kann in der That keinen Augenblick hierüber zweifelhaft seyn. — Wenn endlich Reinhardt sagt: Thibaut in seinem System des Pandecten-Rechts sey unentschlossen gewesen, wohin er sich wenden solle, doch habe er sich mehr auf die Gönnersche Seite geneigt; so kann man ihm auch hierin nicht Recht geben. Denn dieser Rechtsgelehrte spricht a. a. O. §. 188. (5te Aufl.) nur in Beziehung auf die Eviction von der Verbindlichkeit zur L. D. und im § 1272. sagt er: „sie „könne nach den Gesetzen eigentlich bloß da nicht ohne Nachtheil „unterlassen werden, wo Jemand, welcher im Streit sey, im „Fall des Verlusts desselben Evictionsforderungen an den Andern „habe (wobei denn auf § 188. zurückverwiesen ist, auch Strube und Hommel allegirt werden); „doch lege man häufig einem „Jeden (z. B dem Bürgen) welchem überhaupt nur ein Regreß „gegen einen Andern zustehe, die Pflicht der L. D. auf." (wo denn in der Note Leyser und Gönner angeführt sind.) Wie nun hieraus eine Hinneigung Thibaut's zur Gönnerschen Theorie folgen soll, ist nicht wohl einzusehen; viel eher ließe sich das Gegentheil daraus schließen, wie denn auch Gensler im Archiv a. a. O. Seite 183. Note 22. jenen Gelehrten als mit ihm (Gensler) übereinstimmend, anführt. Denn jener Schriftsteller lehrt ausdrücklich: nach den Gesetzen trete die Verbindlichkeit zur L. D. nur bei Evictionen ein, und setzt nur hinzu, daß manche Rechtslehrer dieselbe in einem ausgedehnteren Umfange annehmen, was ja auch ganz richtig ist; daß er aber auch diese Ansicht habe, darüber äußert er sich überall nicht.

zugethan sey [8]), jedoch mit Unrecht; denn Leyser [9]) führt, wie dies auch schon von Gensler [10]) bemerkt ist, nur aus, daß die L. D. auch in andern Verhältnissen, als bei den Evictionen, Statt habe, d. h. geschehen könne [11]) in omnibus causis etc. — locum esse — locum habet. Certe in etc. permittitur litem denunciare. Non dubitamus autem quin lis ei denunciari possit; über die hier nur zur Erörterung stehende rein civilrechtliche Frage, ob und welche Folgen die unterlassene L. D. in andern Verhältnissen, als bei Evictionen, habe, erklärt er sich gar nicht. Diese Leysersche Ausführung, so wie die schon vorhin erwähnte, von Martin mit Recht getadelte, geradezu entgegengesetzte Meinung von Hommel und Strube hängt aber, wie es scheint, mit der früher ziemlich allgemeinen Ansicht, welche auch noch bei Claproth [12]) sich findet, zusammen, als wenn über die Zuläßigkeit der L. D. ein vorgängiges, wenn gleich summarisches, Verfahren Statt finde, und als wenn es einen positiven Zwang zur Vertretung, wenigstens bei Evictionen, gebe; in Beziehung auf welchen, und die künftige Verbindlichkeit zur Schadloshaltung, man oftmals schon hier bei der L. D. ein Verfahren zuließ, eine Ansicht, deren Ungrund in neuerer Zeit mit Recht durchgängig anerkannt ist. [13]).

---

8) Z. B. von Thibaut a. a. O. §. 1272. Note d, und Glück im Pandecten-Commentar, §. 1125. (Th. 20. S. 406. Note 83.)

9) Spec. 241. Med. 1.

10) im Archiv a. a. O. Note 22. a. E.

11) ebenso wie *Kind* in quaestionibus forensibus. Tom. 4. Cap. 26. (ed. 1ma) Tom. 3. Cap. 94. (ed. 2da).

12) a. a. O. § 461 bis 468.

13) S. Martin's Lehrbuch a. a. O. und Gensler im Commentar zu demselben ad §. 295. 296. (2ter Band S. 220. 221. ed. Morstadt). Martin und Walch Magazin für den Proceß, 1ter Band, 1stes Heft, Seite 67. Note k. Archiv für die c. Praxis a. a. O, Seite 186 — 188. Grolman a. a. O. A. D. We-

So weit von der Litteratur über diese Controverse, wobei indeß der Verfasser bemerken muß, daß er die Dissertationen von Kruckenberg und Trendelenburg sich nicht hat verschaffen können, und also nicht weiß, wie Diese über die vorliegende Frage denken [14].

§. 4.

Was nun die Sache selbst betrifft, so dürfte ohne Zweifel die Meinung den Vorzug verdienen, welche die Ver-

der Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld ad §. 1126. Glück im Pandecten-Commentar ad §. 1126. III. (Th. 20. S. 419. 420.) Thibaut a. a. O. §. 188. „doch wird kein Auctor zu diesem Beistande gezwungen.“ Vergl. auch Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen de Ao. 1820. §. 451. — Der auctor ist zwar an sich nach Römischem Rechte bei Evictionsfällen zur Vertretung verbunden, L. 74. §. 2. D. de evictionibus, allein daraus folgt doch noch nicht die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit eines solchen, früher wohl üblichen, Verfahrens. Denn theils sind die Worte: convenire ad rem defendendam, wie L. 8. §. 8. D. mandati. L. 139. coll. L. 85. §. 5. D. de verb. oblig. ergeben, nicht gerade von einer Klage zu verstehen, sondern werden auch zur Bezeichnung einer aussergerichtlichen Aufforderung gebraucht, theils ist, wenn nun der auctor jener Verpflichtung nachzukommen sich weigert, da der Evincent sich hiernach nicht aufzuhalten braucht, es gar nicht einmal thunlich, jenen mittelst einer förmlichen Klage dazu zu nöthigen, zumal ein absoluter Zwang zur Vertretung, der Natur der Sache nach, nicht möglich ist, theils endlich würde es in dieser Lage der Sache jedenfalls höchst unpassend seyn, ein gerichtliches Verfahren über die künftige Verbindlichkeit zur Schadloshaltung einzuleiten, wo es ja noch durchaus ungewiß ist, ob ein solcher Fall würklich je eintreten werde. S. Glück a. a. O. und Juristische Abhandlungen von A. Heise und F. Cropp, 1. Band, Hamburg 1827. No. XIV. §. 16. Note 72. und §. 17.

14) Willenberg de denunciatione litis ad evictionis praestationem necessaria (in dessen exercitationes Sabbathinae. Gedani 1728. 4to Ptc. 2. No. 47.) handelt bloß von der L. D. bei der Eviction und berührt unsre Frage gar nicht.

bindlichkeit zur Litis-Denunciation nur auf die würklichen Evictionsfälle beschränkt; so daß also jene Pflicht und der bei ihrer Versäumung eintretende Rechtsnachtheil bei andern Verhältnissen, wo Jemand wider einen Andern seinen (sogenannten) Regreß nehmen will, wegfällt.

Daß die Gesetze nur bei würklichen Evictionsfällen, nicht in einer weiteren Ausdehnung, diese Verbindlichkeit festsetzen, und nur bei jener die Unterlassung der L. D. mit einem Rechtsnachtheil bedrohen, ist gewiß; und wenn gleich manche Rechtslehrer dieselbe auch in andern Fällen annehmen, so ist dies nur eine durch das positive Recht nicht unterstützte bloße Meinung. Es läßt sich keine Stelle dafür anführen.

Gönner [15]) allegirt zwar einige Gesetze, diese sagen indeß keineswegs das, was er damit zu beweisen versucht. Die L. 10. §. 12. D. mandati nämlich schreibt dem Bürgen überall nicht die positive Pflicht zur L. D. im Allgemeinen vor, sondern nur, daß der Bürge, wenn ihm bekannt ist — si sciens id fecit — daß dem Hauptschuldner eine peremtorische Einrede gegen die verbürgte Schuld zustehe, nicht so ohne weiteres zahlen dürfe, vorausgesetzt, daß er sich im Stande befinde, den Hauptschuldner zu benachrichtigen und ihn aufzufordern, den Proceß für ihn (den Bürgen) aufzunehmen; — es muß beides zusammentreffen, die Wissenschaft des Bürgen von der dem Hauptschuldner zustehenden Vertheidigung gegen den Gläubiger und Möglichkeit der Benachrichtigung an den Hauptschuldner [16]).

Daß dieses und nur dieses die Meinung des Gesetzes sey, lehrt der klare Wortverstand, so wie der ganze Zusam-

---

15) in den Erörterungen a. a. O. §. 3. not. **

16) *Mevius* Pte 2. Dec. 289. Strube in den rechtlichen Bedenken Th. 1. No. 16. *Kind* quaestiones forenses l. c. pag. 199. (ed. 1ma.) „Quid? quod fidejussori, qui debitori etc.“

menhang, und wird zu allem Ueberfluß durch die deutliche Disposition der L. 29. pr. so wie §. 1. und 2. D. eod. in der Art bestätigt, daß darüber gar kein Zweifel übrig bleibt.

Die andern drei von Gönner angeführten Gesetze sagen aber nichts über die vorliegende Frage, und gehören gar nicht hierher [17].

Daß man aber von dem ganz besonderen Falle der L. 10. §. 12. D. mandati keinen allgemeinen Schluß auf andere Verhältnisse machen dürfe, kann nicht bezweifelt werden, wenn man erwägt, daß der Bürge, welcher eine solche Kunde von einer dem Hauptschuldner zustehenden Einrede gegen die verbürgte Hauptschuld hat, ja offenbar eines Dolus, wenigstens doch einer groben Fahrläßigkeit sich schuldig machen würde, wenn er demungeachtet unter diesen Umständen ohne weiteres zahlen wollte [18]; vielmehr liegt es offenbar in der

---

17) S. besonders Archiv f. d. civilistische Praxis a. a. O. §. 3. S. 184. 185. — Nur ist Gensler a. a. O. Note 17. S. 181. darin im Irrthum, daß er meint, weil die Römischen Gesetze die Verbindlichkeit zur L. D. nur bei Evictionsfällen vorschrieben, so könnten sie auch nur des Beklagten als derjenigen Partei gedenken, welche von jener Ankündigung Gebrauch mache; denn die L. 16. §. 1. L. 29. §. 1. L. 66 pr. D. de evictionibus und L. 75. D. de procuratoribus reden von Evictionsfällen, und doch ist hier der, welcher die Evictionsleistung fordert, in dem Processe gegen den Dritten, nicht Beklagter, sondern Kläger. Vergl. *Cujacius* ad L. 75. D. de procuratoribus (ad libros 90. Digestorum Salvii Juliani; Fabrotsche Ausgabe operum posth. Tom. 3. pag. 9. 10.) „Debet venditor em„tori adesse, non tantum si ab emtore res emta petatur, „sed et si emtor ipse forte amissa possessione eam rem „petat ab extraneo possessore, quia haec stipulatio duplae „evictionis nomine committitur in venditorem, si emtor „ex possessore petitor factus, victus fuerit.“

18) *Brunnemann* in Comm. ad P. ad L. 29. pr. mandati. „— — — si sciverit non habet regressum quia dissoluta „negligentia prope dolum est.“

Natur der Sache und in seinen Verpflichtungen als Mandatar zum Hauptschuldner als seinem Mandanten, in dieser Lage der Sache die Klage des Gläubigers abzuwarten und jenem, insofern er dazu im Stande ist, Nachricht zu geben, damit derselbe Gelegenheit erhalte, seine Einrede geltend zu machen. Ohne dies würde ja der Bürge wissentlich eine Nichtschuld bezahlen und seinem Mandanten den Gebrauch seiner rechtmäßigen Vertheidigung benehmen. Zahlt er nun unter diesen Umständen ohne weiteres und handelt er also geradezu gegen die bona fides und gegen seine aus dem Mandats-Verhältniß ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist es wohl sehr natürlich, wenn ihm aus diesem Grunde seine actio mandati contraria versagt wird. Die L. 10. §. 12. verordnet nicht etwa, daß, so wie dieß bei Evictionen der Fall ist, die L. D. überhaupt beim Bürgschafts- oder Mandats-Verhältniß eine nothwendige Bedingung des mittelst der a. m. c. geltend zu machenden Anspruchs sey, und versagt, wenn sie unterlassen, aus diesem Grunde und schon deshalb das Klagrecht, sondern sie nimmt nur nach den besonderen Umständen des concreten Falles an, daß in diesem und der unverantwortlichen Handlungsweise des Bürgen, eine so grobe Verletzung der bona fides und seiner Verpflichtungen als Mandatar liege, daß er deshalb das Gezahlte mit der a. m. c. von seinem Mandanten nicht wiederfordern könne, und um ihm die etwanige Entschuldigung zu benehmen, daß ihm die Vertheidigungsmittel seines Mandanten nicht genau genug bekannt gewesen, daß man ihm doch nicht zumuthen könne, bei dieser Unkunde des Details die Vertheidigung aus der Person des Hauptschuldners zu übernehmen und dergl. giebt sie ihm das Mittel an die Hand, dem letzteren von der Klage des Gläubigers Nachricht zu geben, damit jener nun die erforderliche Auskunft gebe ꝛc. Gewiß wird man einräumen, daß auch ohne die Vorschrift der L. 10. §. 12. all. jedes Gericht unter den angegebenen besondern Umständen den

Hauptschuldner von der wider ihn erhobenen a. m. c. seines Bürgen würde freisprechen müssen.

§. 5.

Hiernach könnte man also, da, wie gesagt, kein Gesetz außer den Fällen der Eviction die L. D. zur Pflicht macht, jene Meinung nur durch die Analogie rechtfertigen, nach dem Grundsatz: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio [19].

Allein wenn auch die vorhin angeführten gesetzlichen Dispositionen der L. 10. §. 12. und L. 29. pr. §. 1. und 2. D. mandati nicht schon geradezu das Gegentheil und daß in andern Fällen, wo jene Schriftsteller eine sogenannte Regreßklage und die Verbindlichkeit zur L. D. statuiren, diese in der That gesetzlich nicht vorhanden sey, lehrten, so würde doch jedenfalls eine solche Ausdehnung um deswillen durchaus unzuläßig seyn [20]), weil zwischen dem Falle der Eviction, wo die Gesetze die L. D. vorschreiben, und allen andern Fällen, worauf manche Rechtslehrer diese Vorschrift ausdehnen, ein wesentlicher Unterschied obwaltet, und zwar in der Maaße, daß dieselbe, selbst wenn de lege condenda die Rede wäre, sich nicht empfehlen, vielmehr nur zu Inconvenienzen, Verwirrungen und wahren Ungerechtigkeiten führen würde.

Bekanntlich ist die emtio venditio dasjenige Rechtsgeschäft, wobei vorzugsweise von der Eviction die Rede ist, und in Beziehung auf welches die Gesetze ex professo die Lehre von der Eviction behandeln [21]).

---

19) L. 12 und 13. D. de legibus.

20) Thibaut Theorie der logischen Auslegung §. 17. 18. (2te Aufl.) S. 68—84. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Buch I. §. 16.

21) *Frantzke*, in commentario ad 21 libros Pandectarum Tit. de evictionibus. No. 189 seq. «Inter voluntarias (scil. causas praestationis evictionis) palmarium locum tenet emtio «venditio, cui naturaliter et quidem principaliter et potis-

Dieser Contract geht aber nur auf Ueberlassung einer Sache gegen ein certum pretium, auf Tradition und Einräumung der vacua possessio [22], keinesweges darauf, daß der Käufer würklich Eigenthümer werde [23], so daß sogar ein anderes, vom Kaufcontract verschiedenes Geschäft entsteht, wenn würkliche Uebertragung des Eigenthums ausdrücklich bedungen ist [24].

Es leidet daher auch keinen Zweifel, daß nicht eine fremde Sache rücksichtlich der Contrahenten auf eine völlig gültige und rechtsverbindliche Weise verkauft werden könne [25].

Hiernach ist es denn ganz natürlich und consequent, wenn die Gesetze beim Kaufcontract vorschreiben, daß die Verbindlichkeit des Verkäufers, die verkaufte Sache so zu übertra-

---

«simum evictionis praestatio tanquam proprietas quaedam «inest adeo ut» etc.

22) L. 11. §. 2. D. de actionibus emti venditi vergl. mit L. 28. D. de verborum oblig.

23) L. 25. §. 1. L. 28. D. de contrahenda emtione venditione.

24) L. 75. §. ult. D. de verb. oblig. L. ult. D. de condictione causa data. Vergl. Thibaut System des P. R. §. 855. (ed. 5ta.) — Das Wort dare bedeutet nämlich gerade Uebertragung des würklichen Eigenthums, bewürken, daß der Empfänger sofort würklicher Eigenthümer werde. *Cujacius* in observationibus Lib. 23. cap. 29. (Fabrotsche Ausgabe, Paris 1658. Tom. 3. operum priorum pag. 737.) *Schulting* notae ad Digesta edid. *Smallenburg* ad L. ult. de c. c. d. c. n. s. Lugduni Batavorum 1820. Tom. 3. pag. 82. «Illud no«tandum quod pecunia data efficiat ne possit haberi pro «permutatione, et quia res praecise est *danda*, *non quo«que est emtio venditio.*» *Janus a Costa* ad §. 1. J. de obligationibus (in comment. ad Instit. curante van de Water. Lugduni Batarum 1719. pag. 398.) « — — — *non est «emtio* quia nominatim tenetur Stichum *facere accipientis.*» Vergl. §. 14. J. de actionibus. L. 167. pr. D. de regulis juris und *Brissonius* de V. S. voce dare.

25) L. 28. D. de contrah. emtione venditione.

gen, daß sie der Käufer auch behalte, ut rem habere liceat, in der Regel erst dann würksam werden soll, falls jener nämlich nicht etwa in dolo ist, d. h. wissentlich eine fremde Sache verkauft hat [26]), wenn diesem die Sache würklich evincirt worden, so daß also der Käufer vorher dieserwegen den Verkäufer nicht in Anspruch nehmen kann; denn der Verkäufer hat seiner contractmäßigen Verpflichtung ein Genüge geleistet, so lange nicht das verkaufte Object dem Käufer durch Urtheil und Recht abgenommen ist [27]).

Wenn nun ferner die Gesetze dem Käufer, falls ein Versuch gemacht wird, ihm die Sache zu eviniciren, die Litis-Denunciation zur Pflicht machen, und die Unterlassung der letzteren in der Regel mit dem Verluste seines Anspruchs an den Verkäufer bedrohen [28]), so ist dies durchaus consequent

26) L. 30. §. 1. D. de actionibus emti venditi

27) L. 25. §. 1. D. de contr. emtione venditione. L. 1. pr. D. de rerum permutatione. L 11. §. 2. und §. 13. D. de actionibus emti vend. L. 3. Cod. de evictionibus. *Cujacius* l. c. *Duarenus* ad L. 3. und ad L. 6. Cod. de evictionibus: «Quamdiu emtori rem habere licet quia «possidet, de evictione actio cessat etc. — Quinimo nec «dominium transferre secundum contractus naturam venditor tenetur» etc. *Hugo Donellus* de evictione et duplae stipulatione cap. 1. und 3. (in operibus prioribus. Frankfurt a. M. 1589. pag. 212. und 2'9.) *Ejusd.* Commentarii de jure civili. Lib. 13. cap. 2 §. 7. (König-Bucher'sche Ausgabe Vol. 7. pag. 381. Hanauer Ausgabe de 1612. pag. 629. col. 1.) «Hinc evenit ut prius quam res evincatur «emtori nullus sit regressus emtori adversus venditorem, «quia emtori rem habere licet, atque ita fit, quod ven«ditor debuit. Contra autem ubi res evicta est, continuo «sit actio emtori adversus venditorem ob evictionem.» *Frantzke* l. c. No. 6. 84. 192. *Joh. van Neck* ad L. ult. D. de cond. causa data etc. Cap. 2. (in Oelrichs thesaurus Vol. 2. Tom. 2. pag. 393.) Wening-Ingenheim a. a. O. Buch III. §. 145.

28) L. 16. §. 1. L. 53. §. 1. D. de evictionibus. L. 7. 8. 9. Cod. eod.

und eine Selbstfolge der obigen Grundsätze. Denn gerade die durch richterliches Urtheil würklich erfolgte Eviction, die Absprechung rücksichtlich des Käufers und die Zusprechung an den dritten Evincenten, so wie der demgemäß erfolgte Verlust des Gegenstandes des Kaufs, und nur diese sind der Grund und die nothwendige Bedingung der vom Käufer auf Rückzahlung des Kaufpreises u. s. w. gegen seinen Verkäufer anzustellenden actio emti [29]).

Unter diesen Verhältnissen ist es aber sehr natürlich, daß man sagt: ohne eine solche L. D., wodurch nun der Verkäufer in den Stand gesetzt wird, dem Käufer gegen den Dritten beizustehen, ihm mit Vertheidigungsgründen an die Hand zu gehen rc., kann man nie sicher seyn, ob nicht der Käufer etwas versehen habe, ob nicht der Proceß, wenn er anders geführt wäre, gewonnen seyn würde u. s. w. Wenn die würklich erfolgte Eviction und nur diese für sich allein den Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises und Leistung des Interesse ohne weiteres verpflichten soll, so muß er auch Gelegenheit erhalten, den ihm auf diese Weise drohenden Nachtheil durch Vertretung des Käufers rc. abzuwenden.

§. 6.

Ganz anders ist es bei Verträgen, wo die Klage dessen,

---

29) *Hugo Donellus* de evictione. cap. 3. „— — — ita recte „definiemus tunc rem evictam intelligi et quod quaerimus, „tunc emtori adversus venditorem regressum esse propter „evictionem, cum emtor de ea re quam emit, judicio „victus ob eam causam, quod res auctoris non erat, „quodque per eum rem obtinere non licebat eam dimit„tere, eaque cedere coactus fuerit. Tria igitur sunt, quae „ante quam de re aliena distracta emtori actio sit adversus „venditorem concurrere oporteat. Unum est ut res certo „emtori ablata sit, ut eam illi habere non liceat. Alterum „est judicio ablata. Tertium ut ob eam causam ablata sit „quod aliena esset, neque eam per venditorem emtori „habere liceat.“ *Frantzke* l. c. No. 5. 6.

der eine fremde Sache erhalten, nicht erst durch die würkliche Eviction bedingt ist, sondern wo es im Wesen des Vertrags liegt, daß das dem Andern überlassene Object würklich Eigenthum des Ueberlassenden sey und sofort Eigenthum des Empfängers werde, wie z. B. bei den Innominat-Contracten [30]), insbesondere beim Tausch [31]), bei Erb- und andern Theilungen, welche dem Tausche gleichstehen [32]), so wie im Falle der L. ult. D. de c. c. d. c. n. s. und der L. 75. ult. D. de verb. oblig.

Hier kann unbezweifelt der Empfänger, wenn es sich findet, daß die Sache eine fremde ist, auch vor erfolgter Eviction klagen, weil ja der Geber eben damit seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist [33]).

Die Gesetze haben also sehr weislich die Nothwendigkeit der L. D. nur da vorgeschrieben, wo die würklich erfolgte Eviction, d. h. der gegen einen Dritten ex hoc capite verlorne Proceß allein der Grund der gegen den Mitcontrahenten anzustellenden Contractsklage ist, nicht aber da, wo dies nicht der Fall, wo also die Contractsklage ohnedies schon begründet ist.

Freilich wird bei dem Tausch und in ähnlichen Fällen derjenige, welcher behauptet, die Sache, die er von dem Andern erhalten, sey eine fremde, und der aus diesem Grunde

30) L. 7. §. 2. D. de pactis. L. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis.

31) L. 1. pr. und §. 3. D. de rerum permutatione.

32) L. 20. §. 3. D. familiae erciscundae. L. 14. Cod. eod. L. 7. Cod. communia utriusque judicii.

33) L. 1. pr. und §. 3. D. cit. de rerum perm. L. ult. P. cit. de c. c. d. c. n. s. — — — repetere a te pecuniam potero quia hominem accipientis non feceris. *Cujacius* in Obs. Lib. 23. cap. 28. (a. a. O. pag. 736. 737.) *Voet.* in comm. ad P. Tit. de rerum permutatione §. 2. in fine. *Frantzke* l. c. No. 192.

nun schon vor erfolgter Eviction klagen will, dieses beweisen 34), auch wird er, wenn er mit seiner Klage zwar bis zur Eviction abseiten eines Dritten wartet, aber nun ohne weiteres lediglich in der geschehenen Eviction seine Klage fundirt 35), seinem Contrahenten litem denunciiren müssen, — allein dieses steht dem bisher Gesagten im geringsten nicht entgegen. Denn jenes erste versteht sich von selbst, da ja dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen der Beweis der Thatsache, welche das Fundament seiner Klage ausmacht, obliegt, und was das letzte betrifft, so ist es wohl sehr natürlich, daß, wenn sogar bei der emtio, venditio, wo es nicht einmal auf würkliche Uebertragung des Eigenthums ankommt, der Verkäufer doch re evicta ohne weiteres haften soll und ihm daher lis denunciirt werden muß, dieses letztere auch in den übrigen Fällen geschehen müsse, wo der Empfänger eben so wie dort lediglich in der erfolgten Eviction sich gründet, wo also in sofern die Rechtsverhältnisse ganz die nämlichen sind.

Gerade diese Verschiedenheit zeigt die Eigenthümlichkeit bei der Eviction, mag sie nun in dem einen oder andern Falle der Grund des Anspruchs seyn. Da wo Jemand nach der Natur des Rechtsverhältnisses Evictionsleistung zu fordern berechtigt ist, und wo, wenn die Eviction erfolgt, er hierin allein seinen Anspruch begründet und rechtlich begründen darf — muß die L. D. geschehen, weil da, wo der verlorne Proceß nächster und alleiniger Grund des Anspruchs ist, der Andere Gelegenheit erhalten muß, diesen Verlust abzuwenden; ohne dies wäre es ja eine offenbare Ungerechtigkeit, ihm das periculum evictionis 36) aufzubürden. Sollte

34) *Frantzke* l. c. No. 362. „— — — modo constet alienam esse."

35) L. 1. §. 1. D. de rerum permutatione. L. 29. Cod. de evictionibus.

36) L. 19. L. 21 und 26. Cod. de evictionibus. L. 1. Cod. ubi in rem actio.

es nicht auch damit zusammenhängen, daß die Gesetze die in Folge der Eviction angestellte Klage oftmals mit einem eigenen Namen, actio de evictione oder evictionis actio, belegen [37])?

§. 7.

Aus allem diesen ergiebt sich denn schon zur Genüge, daß die Fälle, wo die Gesetze die L. D. durchaus consequenter Weise zur Pflicht machen, bei Evictionen nämlich, mit denen, worauf manche Rechtslehrer dieselbe ausdehnen, keinesweges auf Einer Linie stehen und daß eine solche Ausdehnung aus dem Grunde, ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio, durchaus unzuläßig sey, weil diese letzte Voraussetzung in mehr als Einer Hinsicht hier nicht vorhanden ist.

Denn will man auch gar kein Gewicht darauf legen, daß dort immer nur in so fern davon die Rede ist, als der Denunciant mit einem Dritten in einen Rechtsstreit gerathen ist, und zwar in Beziehung auf eine von dem Andern ihm übertragene Sache oder ein übertragenes Recht, welche der Dritte jenem entziehen will oder streitig macht, und als ihm gebührend in Anspruch nimmt, und wo nun der Denunciant seinem Auctor von dem Rechtsstreit Nachricht giebt, um ihm dabei beizustehen — so treten doch jedenfalls folgende zwei in rechtlicher Hinsicht höchst wesentliche Eigenthümlichkeiten ein, daß nämlich:

1) bei Evictionen, wo die Gesetze jene Handlung zur Pflicht machen, gerade der verlorne Proceß schlechterdings Grund und Bedingung des künftigen Anspruchs wider denjenigen seyn muß, dem man litem zu denunciiren hat, und

2) daß außer dem zwischen den Betheiligten bestehenden Rechtsverhältniß, in Folge dessen in einem gewissen Falle die L. D. vorgeschrieben ist, zur Begründung des künftigen Anspruchs des Denuncianten an den Denunciaten nichts wei-

37) L. 56. §. 1. L. 72. L. 76. D. de evictionibus.

ter gehört und nichts weiter dargethan zu werden braucht, als nur eben dieser durch Urtheil und Recht erfolgte Verlust.

Mit Ausnahme der Evictionsfälle wird aber schwerlich irgend ein anderes Rechtsverhältniß nachgewiesen werden können, bei welchem dieses in der Art eintritt; wenigstens ist dieses rücksichtlich derjenigen, welche beispielsweise von Gönner und andern Schriftstellern angeführt werden und auf welche sie denn auch die Verbindlichkeit zur L. D. ausdehnen, gewiß nicht der Fall, wie dies nachher noch weiter gezeigt werden wird.

§. 8.

Davon indeß auch abgesehen, so dürften überhaupt Diejenigen, welche die Verbindlichkeit zur L. D. auf alle sogenannte Regreßklagen ausdehnen, in große Verlegenheit gerathen, wenn man sie fragte: was denn eigentlich eine Regreßklage sey?

Dieser Ausdruck ist kein gesetzlicher Kunstausdruck für eine eigene Gattung der Klagen, um sie in rechtlicher Beziehung besonders zu bezeichnen und von andern zu unterscheiden [38]. Der Ausdruck an sich ist aber auch höchst vage und unbestimmt, so daß schwerlich Jemand im Stande ist, eine

38) Man braucht nur die von *Brissonius* de V. S. voce regressus angeführten Stellen nachzulesen, um sich hiervon zu überzeugen. Daß die L. 9. §. 1. D. de tributoria actione, wo der Ausdruck für Rücktritt oder Uebergang zu einer andern Klage und die L. 3. Cod. de collationibus, wo er für weitern Anspruch oder Forderung im allgemeinen genommen wird, nicht hierher gezogen werden könne, ist klar. In L. 14. §. 9. D. de aedilitio edicto, L. 25. §. 1. D. quae in fraudem und L. 3. pr. D. si familia furtum fecisse dicatur steht er ebenfalls für Klagrecht oder Anspruch überhaupt, und an eine besondere characteristische Bezeichnung ist dabei nicht entfernt zu denken. Und daß auch in L. 22. §. 4. D. de pignoratitia actione nichts anders damit gesagt sey, zeigen die dem Ausdrucke «regressum» beigefügten Worte: «pignoratitiae contrariae actionis» ganz deutlich. Will man in den übrigen Stellen L. 3. D. ad Sctum

präcise Definition desselben zu geben, und den Begriff, der dadurch juristisch angedeutet werden soll, genau zu bezeichnen.

Wenn z. B. A. D. Weber [39]) sagt: »einen Regreß »gegen Jemanden haben, heißt befugt seyn, den Ersatz des »Schadens von ihm zu fordern, den man durch Verlust einer »gerichtlichen Streitsache leidet«, (eine Definition, welche im Wesentlichen eben so bei Gönner sich findet), so paßt dies zwar allerdings auf die Evictionsklage, aber nicht auf andere Verhältnisse. Denn nach dieser Definition ist z. B. die actio mandati contraria des Bürgen, der, nachdem er vom Gläubiger verklagt und verurtheilt worden, nun den Hauptschuldner in Anspruch nimmt, eine Regreßklage, und die nämliche Klage ist eine solche **nicht**, wenn er den Gläubiger, ohne erst mit ihm unnöthig zu processiren, freiwillig bezahlt; so ist ferner die condictio indebiti, welche derjenige, der dem A 500 Rthlr. schuldig ist, und der dem B, von dem er irrthümlich glaubt, daß er von jenem zu deren Erhebung für ihn beauftragt sey, der dieses aber in der That nicht ist, diese zahlt, nun, nachdem er von A auf deren nochmalige Bezahlung verklagt und verurtheilt worden, gegen B anstellt, eine Regreßklage, und sie ist es **nicht**, wenn der, welcher dem B indebite gezahlt hat, gleich so wie er seinen Irrthum gewahr wird, die 500 Rthlr. von B condicirt u. s. w. Wozu aber nun diese ganze Unterscheidung, wodurch überall kein Resultat gewonnen wird, indem daraus für die Zuständigkeit und die rechtliche Natur des Klagrechts in dem einen oder

Vell. L. 59. §. 4. D. L. 1. und L. 31. D. mandati. L. 8. Cod. de evictionibus eine technische Bezeichnung finden, so mag man dies immerhin, nur vergesse man dann dabei nicht, daß in denselben der Ausdruck gerade nur in Beziehung auf **Evictionen** vorkommt. Uebrigens ist es offenbar viel natürlicher, ihn auch hier nur für Klagrecht oder Rechtsanspruch überhaupt zu nehmen.

39) in den Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld Th. 2. ad §. 1125.

andern Falle nichts folgt? Wollte man etwa denken, der Kläger sey in dem Falle, wo nach jener Definition eine Regreßklage vorhanden ist, d. h. wo ein Rechtsstreit mit einem Dritten in der Mitte liegt, der gegen jenen gerichtlich entschieden worden, besser daran, indem er seinen Anspruch, so wie bei der Evictionsklage, nur hiedurch zu begründen brauche — so würde dies sehr irrig seyn, und kann dieserwegen hier nur auf die nachherige Ausführung verwiesen werden.

So wie jener Ausdruck hie und da bei den Schriftstellern vorkommt, paßt er überdem, je nach den Umständen, auf alle mögliche Klagen und Verhältnisse, auf das Mandat, das Commodat, die negotiorum gestio, die Vormundschaft u. s. w. Und man sagt wohl nicht zu viel, wenn man den Satz aufstellt: eine Regreßklage als solche sey im Grunde ein juristisches nonens, es lasse sich überall kein bestimmter Begriff damit verbinden, die Fälle, in denen man gewöhnlich von (sogenannten) Regreßklagen spricht, seyen stets solche, wo in der That eine andere selbstständige Klage zustehe und geltend gemacht werde — wo dies aber nicht der Fall sey, da existire auch überhaupt kein Klagrecht.

§. 9.

Bei weiterem Nachdenken wird man aber ferner sich leicht überzeugen, daß da, wo man gewöhnlich von dergleichen (sogenannten) Regreßklagen spricht, wo aber immer in der That eine andere Klage zum Grunde liegt, es allen Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit selbst in legislativer Hinsicht widersprechen würde, die L. D. so, wie bei Evictionen, als Bedingung des Klagrechts (des sogenannten Regresses) vorzuschreiben.

Einige Beispiele werden dieses klar machen.

1) So bei der Bürgschaft, ein Fall, den namentlich Gönner[40]) dahin rechnet.

---

40) in den Erörterungen a. a. O. §. 3. Vergl. auch Thibaut a. a. O. §. 1272 und Glück a. a. O. §. 1125. (Th. 20. S. 406).

Wenn ich mich bei A für B ex mandato des letztern verbürge, so ist es klar, daß mir die actio mandati contraria (gewöhnlich nennt man denn dies eine Regreßklage) gegen B zusteht, so bald ich die verbürgte Schuld dem A bezahlt oder ihn sonst befriedigt habe. Dies verordnen die Gesetze klar und deutlich [41]), auch enthalten alle Lehrbücher diesen allgemein bekannten Rechtssatz; und zwar steht mir nach der Natur der Sache und nach ausdrücklicher Vorschrift der L. 10. §. 11. all. diese Klage zu, auch wenn ich von freien Stücken den Gläubiger bezahle, ohne es erst auf einen Proceß mit ihm ankommen zu lassen. Wenn ich nun aber die Zahlung nicht freiwillig leiste, sondern warte, bis der Gläubiger mich verklagt, und nun condemnirt werde, wer wird wohl mit Grunde sagen können, ich hätte meinen sogenannten Regreß (die actio mandati contraria) verloren, weil ich dem B nicht litem denunciirt hätte. Dies wäre ja, selbst abgesehen von der geradezu das Gegentheil bestimmenden Vorschrift der Gesetze, widersinnig, und doch führt die Gönnersche Theorie consequenter Weise dahin! Natürlich ist hier nur von der Regel die Rede, und es wird vorausgesetzt, daß dem Bürgen nicht etwa ein dolus oder eine dem gleichkommende grobe Nachläßigkeit zur Last fällt, ein Fall, den, wie sich ohnehin schon von selbst verstehen würde, die Gesetze besonders ausnehmen [42]), der aber auch eben sowohl bei der freiwilligen Zahlung [43]), als bei dem unterlassenen Gebrauche eines Vertheidigungsmittels im Proceß [44]), worauf sich doch nur die L. D. beziehen könnte, vorkommen kann.

2) Ein anderer vor einiger Zeit bei einem Gerichte würklich vorgekommener Fall, wobei die Advokaten auch fortwährend von einer Regreßklage und der unterlassenen Litis-

41) L. 10. §. 11. L. 26. §. 3. 4. 5. D. mandati.

42) L. 10. §. 12. L. 29. pr. und §. 1. und 2. D. mandati.

43) L. 29. §. 1. und 2. alleg.

44) L. 10. §. 12. L. 29. pr. alleg.

Denunciation sprachen, ist der: Ein Fuhrmann A, der an einem Orte mit Gütern an verschiedene Empfänger ankommt, beauftragt einen sogenannten Auflader (Leute, welche den Fuhrleuten bei ihrem Geschäfte, insbesondere dem Auf- und Abladen rc. behülflich sind) B, einen Collo davon dem C, an den derselbe addressirt, hinzutragen; jener macht aber, wie behauptet wird, das Versehen, und trägt ihn zu D. C verklagt nun den Fuhrmann A, und dieser wird verurtheilt. A nimmt hierauf den B in Anspruch, der darin eine Ausrede sucht, daß A ihm in dem Processe mit C nicht litem denunciirt habe; aber sehr mit Unrecht, denn die actio mandati directa des A gegen B, wegen des von diesem nicht gehörig ausgerichteten Auftrags, wofür er seinem Mandanten haften muß, ist ja an sich vollkommen begründet, und die geschehene oder unterlassene L. D. ist darauf ohne allen Einfluß.

3) So, wenn ich von A eine Sache geliehen habe, und diese dem B wieder leihe, der sie verliert oder sonst abhanden bringt, ich nun von A actione commodati directa verklagt werde, und in diesem Rechtsstreite unterliege; wird es wohl Jemanden einfallen, wenn ich nun wieder den B in Anspruch nehme, zu sagen: ich hätte diesem in jenem Processe litem denunciiren müssen? Gewiß nicht, denn nicht der gegen A verlorne Proceß ist der Grund meines Rechtsanspruchs an B, vielmehr ist meine Contractsklage, ungeachtet die Sache mir nicht gehört, und ich sie nur von A geliehen, ohnedies wider B festbegründet, wenn auch gar kein Proceß zwischen A und mir Statt gefunden hätte [45].

4) Wenn A mich beauftragt, für ihn eine Sache von B zu kaufen, und ich thue dies nun auftragsmäßig auf mei-

---

45) L. 15. 16. D. commodati. *Voet* in Comm. ad P. Tit. commodati §. 2. A. D. **Weber** in den Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld ad §. 857. [1]. **Glück** im Pandecten-Commentar ad §. 857. (Th. 13. S. 457.)

nen Namen und Obligo, so habe ich, wenn ich an B den Kaufpreis bezahle, ja sogar schon früher in gewisser Maaße [46]) actionem mandati contrariam gegen A [47]).

Wie will man nun mit Grunde behaupten, wenn ich den B nicht freiwillig bezahle, sondern es erst auf einen Proceß mit ihm ankommen lasse, so müsse ich dem A litem denunciiren, und wenn ich dies nicht gethan, so ziehe dies den Verlust meiner a. m. c. nach sich? L. 45. §. 4. D. all. sagt davon kein Wort.

6) Oder endlich: Ich bin dem A 500 Rthlr. schuldig, B meldet sich bei mir als von A zu deren Empfange bevollmächtigt, producirt gar vielleicht eine angeblich von diesem ausgestellte Vollmacht, und ich zahle ihm die 500 Rthlr. aus. Hinterher fordert A diese Summe von mir, weil B einen solchen Auftrag von ihm überall nicht gehabt habe; da ich gutwillig nicht an ihn zahlen will, belangt er mich und ich werde verurtheilt. Wenn ich nun in diesem Processe dem B nicht litem denunciirt hätte, und hiernächst von diesem die 500 Rthlr. zurückforderе, so wird man doch nicht behaupten dürfen: ich hätte dadurch mein Klagrecht verloren; denn dieses ist, auch ganz abgesehen von meinem Processe mit A, fundirt, da ich ja schon vorher, sobald ich meinen Irrthum gewahr wurde, von B die 500 Rthlr. unbezweifelt condiciren konnte [48]).

46) L. 45. pr. §. 2. 3. 4. 5. D. mandati.

47) L. 12 §. 9. D. eod.

48) L. 55. D. de condictione indebiti. — — — quod si vecturas navium etc. L. 65. §. ult. D. eod. L. 8. Cod. eod. L. 58. D. de solutionibus. *Cujacius* ad L. 55. all. (in quaest. Papiniani, Fabrot'sche Ausgabe operum posth. Tom. 1. pag. 132). „— — — cui solventi non contingit liberatio, ei da„tur condictio indebiti: non liberabitur is, cui servus con„duxit operas suas, si servo solverit mercedem sine vo„luntate domini, quamvis servus eam non sibi retinuit, sed „possessori retulit, quia tenetur adhuc vero domino ex

§. 10.

Aus der ganzen bisherigen Ausführung und den verschiedenen zur Erläuterung angeführten Beispielen ergiebt sich noch eine fernere schon oben angedeutete wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Falle einer Eviction und andern Rechtsverhältnissen, wobei man von einer sogenannten Regreßklage spricht und eine L. D. für nöthig hält; und eben damit ein durchgreifendes Argument gegen eine solche Ausdehnung.

Wenn nämlich die Gesetze bei Evictionsfällen (und zwar nur bei diesen) die L. D. vorschreiben, so verbinden sie damit zugleich die Vorschrift, daß, wenn, nachdem jene gehörig geschehen, die Eviction nun würklich erfolgt, die Klage dessen, dem die Sache evincirt worden, dann ohne weiteres schon dadurch allein vollkommen begründet sey — es gehört dazu nichts weiter, als das Contracts-Verhältniß, wornach der Gegner die Eviction zu prästiren hat, die demnächst gehörig geschehene L. D. und die erfolgte Eviction [49].

„locato: merito igitur condicit, et repetit tanquam solutum „ex errore" und pag. 133: „Sed nullo praecedente mandato, si quis solverit falso procuratori, vel ei cui falso „existimat se solvere voluntate creditoris non liberatur" „— — — et omnino sententia haec est fructus solutos praedoni quasi indebitos condici posse ab eo qui solvit." **Glück** im Pandecten-Commentar ad §. 828 (Th. 13. S. 84): „wenn man eine Schuld aus einem Irrthum an einen Andern „bezahlt hat, als dem man sie schuldig ist" und ad §. 829 im Anfange (a. a. O. S. 85). *Fratres Becmanni* l. c. Pte. 1. cons. 36. No. 23.

49) L. 66. pr. D. de contrahenda emtione venditione. L. 11. §. 2. D. de a. e. v. L. 60. und 70. D. so wie L. 6. Cod. de evictionibus. L. 1. Cod. ubi in rem actio. *Donellus* in commentariis l. c. §. 7.: „Contra autem ubi res evicta „est, continuo sit actio adversus venditorem ob evictionem." — Man kann hiergegen auch nicht den Einwand machen, daß ja doch der auctor nicht für die Eviction hafte wenn der Proceß injuria judicis verloren gegangen. Denn, so richtig

Dies kann man aber, ohne auf wahre Absurditäten zu gerathen, keinesweges auf andere Fälle anwenden.

So z. B. in dem Falle, den Gönner [50]) anführt:

A verkauft dem B eine Sache, welche er (A) früher von C gekauft hat, B bezahlt nicht, und A verklagt ihn auf Zahlung des Kaufpreises rc. B excipirt: die Sache sey mit einem wesentlichen Fehler behaftet gewesen. Gönner meint nun, A müsse jetzt dem C litem denunciiren. Dies läßt sich aber dem Obigen zufolge keinesweges behaupten, obgleich natürlich nicht bezweifelt werden kann, daß dies geschehen könne, da ja die L. D. sogar außergerichtlich verfügt werden darf [51]), auch gern zugegeben werden mag, daß es in den meisten Fällen räthlich sey, litem zu denunciiren. Allein wenn A dies nun auch thut und er den Proceß gegen B ver-

dieses ist *), da der auctor für einen solchen ihm überall nicht zur Last fallenden Zufall, der nur den Eigenthümer treffen kann, nicht aufzukommen braucht, da jener dem Käufer u. s. w. bloß dafür haftet ut rem habere liceat, was schon dann eintritt, wenn die Sache nur sein (des auctor) Eigenthum war, und da dieser mithin nur für Mängel im Rechte einsteht, die bereits zur Zeit des Verkaufs u. s. w. vorhanden waren **), so ist es doch eben so gewiß, daß, wenn der auctor damit gegen die Evictions-klage sich schützen will, dieses als eine Einrede zu betrachten ist, und daß es also keinesweges zur Begründung jener Klage gehört, daß das Urtheil materiell gerecht sey oder, was einerlei ist, daß der Evincent würklich das Recht zu evinciren gehabt habe.

50) in den Erörterungen a. a. O. §. 2. in fine.

51) Martin Lehrbuch §. 296. in specie not. h. (7te Aufl.) ibiq. cit. D. D. Grolman a. a. O. Seite 308. 309. (3te Aufl.) Glück a. a. O. ad §. 1125. (Th. 20. Seite 413). Heise und Cropp a. a. O. §. 16 und Note 72. Gensler im Archiv a. a. O. Seite 185. Note 27.

*) L. 51. pr. D. L. 8. Cod. de evictionibus.

**) Heise und Cropp a. a. O. §. 14. S. 252.

liert — wird man dann wohl sagen können: A brauche, so wie bei einer Eviction, bei der jetzt gegen seinen auctor C anzustellenden actio emti, redhibitoria oder quanti minoris nichts weiter nachzuweisen, als den von ihm mit C abgeschlossenen Kaufcontract, das condemnatorische Urtheil in S. des B gegen ihn und die an C geschehene L. D.? Gewiß nicht, sondern er wird seine Klage gegen C anderweitig selbstständig begründen, namentlich beweisen müssen, daß der Fehler bereits zu der Zeit, als C ihm die Sache verkauft und tradirt, vorhanden gewesen; das Urtheil in S. B. c. A. ist eine res inter alios acta für C, woraus für dessen Verbindlichkeit aus seinen Contracts-Verhältnissen mit A nichts folgt. Was soll denn nun die ganze L. D., welche Gönner hier für nöthig hält, obgleich sie zu gar nichts führt? Daß dieselbe in diesem Falle übrigens nicht nöthig sey, ist für sich klar. Denn, vorausgesetzt, daß A das Fundament seiner Klage gegen C (die Existenz des Fehlers zur Zeit, als er die Sache von diesem erhalten, was er ohnedies auch bei geschehener L. D., wie oben bemerkt, darthun muß) zu beweisen im Stande ist, so hat er ja eine selbstständige Klage gegen seinen Verkäufer, wodurch er vollkommen seinen Zweck erreicht, auch wenn er den Proceß gegen B gar nicht verloren hätte. Ja er würde unter dieser Voraussetzung, auch ganz abgesehen von einem Processe mit B, gegen C haben klagen können, wenn er sich z. B. außergerichtlich von der Richtigkeit der Behauptung des B, die Sache habe einen verborgenen Fehler, überzeugt, dieselbe zurückgenommen und den Kaufpreis rc. ihm wieder gegeben hätte. Ganz anders wieder bei der Eviction. Hier ist ein richterliches Urtheil die Bedingung des Anspruchs [52]), und der Käufer hat die actio emti nicht, wenn er freiwillig oder selbst in Folge eines von ihm eingegangenen Compromisses und darauf er-

---

52) L. 17. Cod. de evictionibus. — — — nec citra judicis disceptationem.

folgten schiedsrichterlichen Ausspruchs, also nulla necessitate cogente, wie die Gesetze sagen, die Sache herausgiebt [53]).

§. 11.

So wie in dem von Gönner angeführten Falle verhält es sich denn auch in dieser Beziehung in den übrigen Fällen.

In dem obigen Falle sub 1, mit der Bürgschaft würde man allenfalls sagen können, der Bürge könne schon seinen Anspruch geltend machen, wenn er nur die auftragsmäßig übernommene Bürgschaft und die nun in Sachen des Gläubigers gegen ihn als Bürgen erfolgte condemnatorische Sentenz nachweise. Allein einestheils würde es, wenn man diese Ansicht hat, hiebei doch überall keiner L. D. bedürfen, und der Hauptschuldner, der nicht geschehenen L. D. ungeachtet, den Bürgen befriedigen müssen, insofern er nicht etwa einen dolus oder eine grobe Sorglosigkeit desselben nachzuweisen vermögte [54]), anderntheils hat dieser so schon als begründet angenommene Anspruch des Bürgen in der Eigenthümlichkeit des Mandats- und Bürgschafts-Verhältnisses seinen Grund, indem der Mandant den Mandatarius wegen des von ihm übernommenen Auftrags durchaus kost- und schadlos halten muß, und dann der Bürge nach besonderer Vorschrift der Gesetze [55]) schon actione mandati contraria soll zu klagen befugt seyn, wenn er nur erst verurtheilt worden, ohne gerade schon bezahlt zu haben, ja sogar unter besondern Umständen schon vorher auf Befreiung von der Bürgschaft dringen kann [56]).

53) L. 56. §. 1. L. 76. D. de evictionibus. *Frantzke* in Comment. ad Pandectas Tit. de evictionibus No. 756 — 761. *Donellus* de evictione cap. 4. pag. 221 — 223. *Idem* in Commentariis l. c. §. 10.

54) L. 10. §. 12. L. 29. princ. und §. 1 und 2. D. mandati.

55) L. 45. D. de fidejussoribus. L. 10. Cod. mandati.

56) L. 38. §. 1. D. L. 10. Cod. mandati Cap. ult. X. de fidejussoribus.

In dem Falle sub 2, dagegen wird man nicht behaupten können, A brauche gegen B auf nichts weiter sich zu berufen, als auf den diesem ertheilten Auftrag, auf die condemnatorische Sentenz in S. C gegen ihn (A) und die geschehene Litis-Denunciation an B. A wird vielmehr seine Klage gegen B besonders und selbstständig begründen müssen, und hier wird es denn, ehe B verurtheilt werden kann, vor allem zur Erörterung kommen, ob er den Auftrag gehörig ausgerichtet oder nicht, und nur letzternfalls wird A gegen B obsiegen. Gesetzt, z. B., es fände sich in diesem Processe, daß B würklich das Collo an C oder dessen Ordre abgeliefert, so wird er, der in Sachen C c. A ergangenen condemnatorischen Sentenz und der hier an ihn geschehenen L. D. unerachtet, freigesprochen werden müssen.

Ebenso in dem Falle sub 3. Ich werde hier meine actio commodati directa gegen B selbstständig zu begründen haben, und wenn z. B. B einen reinen Zufall, wodurch die Sache bei ihm verloren gegangen, nachweisen könnte, so würde er zu absolviren seyn [57], ungeachtet ich in meinem Proceß gegen A untergelegen und dem B dort litem denunciirt habe. Niemand wird doch, wie bei Evictionsfällen, wo gerade die Entwährung, der verlorne Proceß gegen den Dritten, Hauptfundament der Klage ist, sagen können, weil ich den Rechtsstreit gegen A verloren und dem B litem denunciirt, so müsse dieser ohne weiteres haften, eines mehreren bedürfe es nicht, anderweitige besondere in Hinsicht seines Rechtsverhältnisses obwaltende Umstände kämem nicht weiter in Betracht.

Mit dem Falle sub 4, verhält es sich ungefähr wie mit dem oben sub 1, wie denn ja beiden ein Mandats-Verhältniß zum Grunde liegt. Demungeachtet werde ich eine selbstständige Begründung meiner Klage gegen A nicht umgehen können, und wenn gleich die Nachweisung der condemna-

57) L. 5. §. 4. L. 18. pr. L. 23. D. commodati. L. 1. Cod. eod.

toria in S. des B gegen mich dahin führt, so liegt doch der Grund meiner actio mandati contraria nicht eigentlich direct und wesentlich in diesem Urtheil, sondern in der Verpflichtung des A als Mandanten, mich als seinen Mandatar zu entschädigen, und darin, daß jener eben deßhalb sogar von den bei Ausrichtung des Geschäfts übernommenen Verbindlichkeiten mich als seinen Bevollmächtigten befreien muß [58]. Ob aber in jenem Rechtsstreite eine L. D. geschehen oder nicht — ist durchaus gleichgültig. Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß ich durchaus auftragsmäßig gehandelt habe, denn wäre dies nicht der Fall, so würde ich ja gegen A unterliegen, ungeachtet ich den Proceß gegen B verloren und dem A hier gehörig litem denunciirt hätte.

Eben so wird in dem Falle sub 5, die bloße Zahlung der 500 Rthlr. an B, die condemnatorische Sentenz in S. des A gegen mich und die von mir dem B geschehene L. D. meine auf Zurückforderung der 500 Rthlr. gegen B gerichtete Condiction unmöglich begründen können. Daß die Thatsache der Zahlung an ihn kein Recht auf die Rückforderung des Gezahlten gebe, sondern daß der Kläger die *indebite* geschehene Zahlung beweisen müsse, liegt in der Natur der Sache [59]; das Urtheil in S. des A gegen mich, ist für B eine res inter alios acta, die ihn so ohne weiteres nicht verpflichtet, und die von mir an ihn verfügte L. D. kann unmöglich mir Rechte geben oder ihm Verpflichtungen auflegen, welche ohne dies nicht existiren [60]. Folgt denn daraus, daß ich in dem Processe gegen A nicht bewiesen habe (selbst ganz abgesehen von etwanigen Versehen), daß A den Auftrag qu. an B ertheilt, daß dieser einen solchen nicht gehabt habe? Die L. D. aber kann hieran nichts ändern, da dem B keine Verbindlichkeit oblag, wenigstens gewiß nicht in der Art, daß

58) L. 45. pr. §. 2. 3. 5. D. mandati.

59) L. 25. D. de probationibus.

60) Gensler im Archiv für die civil. Praxis a. a. O. S. 187.

er deshalb das Urtheil in S. des A gegen mich als für sich ohne weiteres verpflichtend anerkennen müßte, mich zu vertreten oder mir beizustehen. Man kann doch diesen und ähnliche Fälle unmöglich mit den besondern Verhältnissen, wovon in L 63. D. de re judicata die Rede ist, auf Eine Linie stellen!

§. 12.

Zum Schlusse mag noch eines Rechtsfalles erwähnt werden, der vor kurzem verhandelt worden.

Ein Schiffscapitain O empfängt in Hull Frachtgüter, unter andern eine Parthie Thran, zum Transport nach B. Als er hier kommt, liefert er den Thran an S. & Comp. ab, in der Meinung, daß diese die rechten Empfänger seyen. Kurz hernach melden sich aber N. G. & Sohn als die Inhaber des Connossements und als diejenigen, welche zum Empfange eigentlich legitimirt seyen, und da O natürlich ihnen die Waare nicht liefern kann, stellen sie eine Schadensklage gegen ihn an, wo dieser denn den S. & Comp. litem denunciirt, welche ihm auch beitreten. O verliert indessen den Proceß und wird in eine namhafte Summe verurtheilt. Jetzt stellt er gegen S. & Comp. eine Klage an, wodurch er von diesen die Summe fordert, in welche er an N. G. & Sohn verurtheilt worden und die er diesen hat zahlen müssen. Indeß begründet er diese Klage nicht näher, sey es nun als condictio indebiti oder sonst, sondern meint, seine Klage werde ohne weiteres durch die Ablieferung des Thrans an die Beklagten, durch das Urtheil in S. N. G. & Sohn gegen ihn und die von ihm verfügte L. D. an die jetzigen Beklagten begründet. In allen drei Instanzen wurde aber die Klage mit Recht angebrachtermaaßen verworfen.

Bei einem Evictionsfalle hätte dies nicht geschehen können, denn hier brauchte der Kläger nichts weiter nachzuweisen, als den zur Evictionsleistung verpflichtenden Titel, die erfolgte Eviction und die von ihm geschehene L. D.

§. 13.

Aus allem bisher Gesagten ergiebt sich denn von selbst, wie wenig begründet und mit den hier in der That obwaltenden Rechtsverhältnissen übereinstimmend es ist, wenn Gönner [61]) sagt: „Wo wir also Einheit des Zwecks, Einheit „des Grundes wahrnehmen, muß auch Identität der Sache „seyn. Natürliche Grundsätze beschränken demnach die L. D. „weder auf Fälle der Gewährleistung u. s. w.“ und „Gleiche „Ursachen bringen auch gleiche Würkungen hervor, und dieses spricht gegen die Behauptung, daß in Evictionsfällen „die L. D. nothwendig, in andern nur nützlich sey. „Schadensersatz ist in beiden Fällen der Grund, welcher überall gleich stark würkt u. s. w.“

XVII.

Steht den Kindern wirklich ein generelles Pfandrecht zu an dem Vermögen des Parens wegen den bona materna und materni generis?

Von Löhr.

In dem Titel des Codex de secundis nuptiis findet sich eine Constitution Justinians, die c. 8. C. 5, 9., deren ganzer Inhalt genau der Ueberschrift des Titels entspricht. Am Ende dieser Verordnung verfügt der Kaiser, daß, so wie nach Leo's Verordnung das gesammte Vermögen der Mutter

61) im Handbuch des Processes Th. 1. No. 17. (2te Aufl.) wo er ebenfalls, gleich wie früher schon in seinen Erörterungen, gegen Danz die allgemeine Nothwendigkeit der L. D. auch außer den Fällen der Eviction behauptet.